

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Jhon Jairo Osorio Arana

Presunta infractora : Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Litisconsorte (s) : Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones y otra

Radicación : 2016-00242-01

Despacho de origen : Juzgado Tercero de Familia de Pereira

Tema (s) : Pensión de invalidez

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 271 de 10-06-2016

Pereira, R., diez (10) de junio de dos mil dieciséis (2016).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación presentada en la acción constitucional referida, una vez agotada la actuación de primer grado, sin que se adviertan causales de nulidades que vicien lo actuado.

1. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Expresa la parte accionante que el día 23-10-2015 solicitó reconocimiento de la pensión de invalidez conforme calificación de pérdida de la capacidad laboral, efectuada el 28-02-2012, que lo calificó con 61,77% con fecha de estructuración 18-03-2010, prestación que le fue negada mediante resolución GNR 69481 del 03-03-2016 porque no acreditaba 50 semanas cotizadas en el periodo comprendido entre el 18-05-2007 y 18-05-2010; decisión que no comparte, pues, pese a su enfermedad, siguió cotizando para pensión; por lo tanto, considera que deben tenerse en cuenta para efectos de ese reconocimiento (Folios 30 a 45, del cuaderno No.1)*.*

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Mínimo vital, igualdad, seguridad social y dignidad humana (Folio 42, del cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

(i) Tutelar los derechos fundamentales invocados; (ii) Ordenar a la accionada reconocer la pensión de invalidez del accionante, tomando en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad al 18-05-2010; y, (iii) Ordenar que se cumpla el fallo de tutela (Folios 42 y 43, del cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

La acción correspondió por reparto al Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que con providencia del 08-04-2016 la admitió, vinculó a quienes consideró pertinente y ordenó, entre otros, notificar a las partes (Folios 46, ibídem). Contestó la accionada (Folios 50 y 51, ibídem). El día 21-04-2016 se profirió sentencia (Folios 54 a 59, ibídem) y como fuera impugnada por el actor, con proveído del 04-05-2016 se concedió el recurso, ante esta Sala (Folio 66, ib.).

1. LA SINOPSIS DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El juez de instancia negó el amparo porque el accionante incumple con los requisitos para que se pueda reconocer la pensión de invalidez, puesto que no cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, además, señaló que es inviable adicionar las semanas cotizadas con posterioridad (Folios 54 a 59, ib.).

1. EL RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Señala que es procedente la acción constitucional por su delicado cuadro de salud y precaria situación económica, aunado al precedente constitucional que autoriza para el reconocimiento de la pensión de invalidez que se contabilicen las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración (Folios 64 y 65, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA
	1. La competencia funcional

Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

* 1. La legitimación en la causa

Se cumple la legitimación por activa porque el señor Jhon Jairo Osorio Arana fue quien solicitó la pensión de invalidez. Y en el extremo pasivo, la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, por haber emitido el acto administrativo que negó la pensión de invalidez.

Como la Administradora Colombiana de Pensiones y la Gerencia Nacional de Defensa Judicial de esa entidad, no incurrieron en la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados, se negará la tutela en su contra.

* 1. El problema jurídico a resolver

¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que negó la acción de tutela interpuesta, según la impugnación de la parte actora?

* 1. La resolución del problema jurídico
		1. Los presupuestos generales de procedencia

El artículo 86 de la Constitución Política, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplido, dado que la acción se interpone es decir, se propuso dentro de los seis (6) meses siguientes, después de notificada la resolución que resuelve negar la pensión reclamada, que es el plazo general, fijado doctrina constitucional[[1]](#footnote-1) como ordinaria[[2]](#footnote-2). De todas formas la doctrina constitucional enseña que *“(…) en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción”.[[3]](#footnote-3).*

Ahora, respecto a la residualidad se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esa regla general[[4]](#footnote-4): (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[5]](#footnote-5) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[6]](#footnote-6), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)[[7]](#footnote-7).

* + 1. La afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable

La jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela excepcional de los derechos fundamentales.

En diferentes pronunciamientos, nuestro alto Tribunal Constitucional[[8]](#footnote-8)-[[9]](#footnote-9)-[[10]](#footnote-10) ha estudiado casos en los que los petentes alegan o acreditan ser personas de especial protección constitucional, han acudido a la acción de tutela en busca del reconocimiento de pensión por invalidez, que les ha sido negado por la respectiva entidad; concluye que acudir al agotamiento del proceso ordinario, implica un detrimento de los derechos fundamentales de los actores, por cuanto no cuentan con los elementos para cubrir sus necesidades en condiciones dignas. Expresamente esa doctrina constitucional, señaló:

*… ha dicho que en principio la acción de tutela es improcedente cuando a través de esta vía se pretende obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica, puesto que, de un lado, dicho beneficio se otorga a quienes cumplen con los requisitos establecidos en la ley y, de otro, ante el surgimiento de una controversia legal frente a su reconocimiento existen los mecanismos ordinarios para su resolución. Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos casos en los cuales se demuestra que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos no resultan idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable[[11]](#footnote-11).*

También el máximo ente constitucional, señaló: *“(…) no resultaba necesario agotar el proceso ordinario, porque el actor tenía una grave situación económica y social, debido a que se encontraba acreditada su pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al cincuenta por ciento (50%), y la única fuente de ingresos que podría tener era su pensión de invalidez.”*[[12]](#footnote-12)

* + 1. La pensión de invalidez de origen común y la fecha de su estructuración

Como es bien sabido la pensión por invalidez, puede generarse por enfermedades de origen común o por contingencias de origen profesional, respecto a las primeras atinentes al caso que nos ocupa; el sistema general de pensiones consagró la posibilidad de reconocer la pensión, siempre y cuando las personas cumpliesen los requisitos establecidos en el artículo 38 de la Ley 100, modificado por el artículo 1 de la Ley 860, esto es; (i) Ser una persona invalida, es decir, sufrir una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) y (ii) Haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Ahora bien, el mayor debate para que se presente o no, el reconocimiento de la pensión, se centra en definir esa fecha de estructuración de la invalidez, puesto que a partir de allí se puede, verificar si se cumplió o no, con el tiempo cotizado. Esa fecha ha sido definida por el artículo 3 del Decreto 917 de 1999 que modificó el Decreto 692 de 1995, como aquella *“(…) en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la calificación.”* Sublínea a propósito.

Es importante resaltar que, esa pérdida de la capacidad laboral debe estar determinada en una fecha, donde el detrimento sea en forma permanente y definitivo, toda vez que como lo ha analizado en reiteradas ocasiones, el Alto Tribunal constitucional[[13]](#footnote-13)-[[14]](#footnote-14)-[[15]](#footnote-15)-[[16]](#footnote-16)-[[17]](#footnote-17), en tratándose de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, no necesariamente puede definirse que la fecha coincide estrictamente con la de su nacimiento, diagnóstico o primer síntoma, puesto que no obligatoriamente la enfermedad discapacitante se configuró como una talanquera que le impidiera laborar. En el caso de una persona afectada por una insuficiencia renal crónica terminal ha referido la Corte[[18]](#footnote-18):

… existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. (…) las  Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-.

Se tiene entonces que la fecha fijada como de estructuración de la invalidez en ciertas ocasiones es retroactiva (Ficta) y no se compadece con la realidad, al punto que la persona continua cotizando al sistema pensional, de tal suerte que es totalmente viable trasladar la fecha de estructuración a una más reciente y que la Corte Constitucional ha dispuesto como la del día en que se profirió el dictamen[[19]](#footnote-19)-[[20]](#footnote-20)-[[21]](#footnote-21)-[[22]](#footnote-22).

En todo caso es preciso evaluar si (i) existen elementos formales y materiales suficientes para acceder a la pensión; *“(…) o si se debe optar por (ii) apartarse de la fecha establecida en el dictamen de calificación de invalidez, por encontrar que existen inconsistencias que no permiten establecer con certeza la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva del afiliado, pues no corresponde a la situación médica y laboral de la persona”[[23]](#footnote-23)* (Subrayas propias).

Se precisa que la jurisprudencia constitucional ha propendido por corregir las inconsistencias en torno a la determinación real y material de la fecha en la que la persona debe calificarse con una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva, sin autorizar por manera alguna que se contabilicen cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad.  Consiste entonces en un “ajuste razonable” a la interpretación de las normativas que establecen la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral[[24]](#footnote-24).

1. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Partiendo de las premisas jurídicas anotadas, se advierte que se está frente a una persona en condición de invalidez, que ha sido valorada con un 61,77% de pérdida de capacidad laboral (Folios 6 y 7, cuaderno No.1) y que por lo tanto, debe ser revestido de una especial protección constitucional.

Así mismo, aparece acreditado que por sus condiciones físicas actuales, debió dejar de laborar (Además, dejar de cotizar al sistema), lo que afecta su mínimo vital, incluso lo ha llevado a acudir a la caridad de amigos y familiares, trayendo consigo un perjuicio irremediable que se haría perdurable en el tiempo, si se le obligase a acudir a la vía ordinaria (Folio 28, cuaderno No.1). A lo que debe aunarse que las circunstancias que rodean las condiciones económicas al actor, no fueron rebatidas por la entidad accionada, en ninguna de las sedes constitucionales transitadas.

De otra parte se tiene que, la acción se interpone una vez notificada la resolución que niega la pensión, dada la inminente necesidad de su reconocimiento, por las mismas circunstancias atrás explicadas.

Superado entonces el test de procedencia de la acción, se tiene que según el acervo probatorio y los argumentos plasmados por la parte actora, no existe debate en cuanto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ni en cuanto al tiempo cotizado, pero si, frente a la fecha de estructuración de la invalidez, la cual, según lo anotado líneas atrás no necesariamente debe definirse para el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, como la de la fecha de nacimiento, diagnóstico o primer síntoma.

Conforme el acervo probatorio encuentra la Sala que el accionante al día que se señaló como fecha de estructuración de su invalidez (18-03-2010), no contaba con las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores, tal cual lo refirió la accionada en la resolución GNR 694814 del 03-03-2016 (Folios 52 y 53, cuaderno No.1) y reiteró el *a quo* en la sentencia de primera instancia.

Asimismo, se tiene que la situación del actor no se acompasa con los criterios jurisprudenciales para que se traslade la fecha de estructuración al día en que “real y materialmente” se produjo su invalidez; en efecto, durante el tiempo comprendido entre el 18-03-2010 (Estructuración) y 28-02-2012 (Calificación, folios 6 y 7, cuaderno No.1) dejó de cotizar al sistema pensional. En este caso, es claro que el traslado de la fecha en nada beneficiaría al actor puesto que implicaría que se tomara para el cómputo de las 50 semanas periodos en los que no laboró.

Y se dice lo anterior porque el criterio jurisprudencial tiende a que se esclarezca la fecha real de estructuración de la invalidez y nunca que se contabilicen cotizaciones posteriores a esa fecha, como lo pretende el accionante, las 50 semanas que se contabilizan siempre deberán ser dentro de los tres años anteriores, independientemente de que se modifique la fecha de estructuración.

Así las cosas, es infundada la impugnación, pues no pueden contabilizarse semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, de manera que se confirmará la sentencia de primera instancia.

1. LAS CONCLUSIONES

Acorde con lo discurrido, se confirmará el fallo venido en impugnación, por las razones expuestas en la parte motiva.

En mérito de lo razonado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR la sentencia fechada el día 21-04-2016 del Juzgado Tercero de Familia de esta ciudad, que negó la acción de tutela.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. REMITIR este expediente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

*DGH/ODCD/2016*

La razón de ser de la intervención de la Corte en cuanto a que se haga aquella modificación deviene de la prueba fehaciente de que el accionante continuó cotizando al sistema hasta el día de su calificación, pues lo que pretende es acercar a la realidad su situación de discapacidad que le impedía continuar laborando, con el fin de desmentir el dictamen y autorizar que el conteo de la densidad de cotizaciones inicie a partir de la fecha de su proferimiento.

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-079 de 2010. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia STC10329-2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-217 de 2013. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-600 de 2002. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-046 de 1995. La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997 y SU-133 de 1998. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993: según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-7)
8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-627 de 2013. [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043 de 2014. [↑](#footnote-ref-9)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-158 de 2014. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-158 de 2014. [↑](#footnote-ref-11)
12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-483 de 2014. [↑](#footnote-ref-12)
13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-561 de 2010. [↑](#footnote-ref-13)
14. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-671 de 2011. [↑](#footnote-ref-14)
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-427 de 2012. [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-022 de 2013. [↑](#footnote-ref-16)
17. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-020 de 2016. [↑](#footnote-ref-17)
18. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-163 de 2011. [↑](#footnote-ref-18)
19. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-885 de 2011. [↑](#footnote-ref-19)
20. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043 de 2014. [↑](#footnote-ref-20)
21. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-483 de 2014. [↑](#footnote-ref-21)
22. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-020 de 2016. [↑](#footnote-ref-22)
23. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043 de 2014. [↑](#footnote-ref-23)
24. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-483 de 2014. [↑](#footnote-ref-24)